

## ÉTUDE LA PROFESSION

### NOTAIRE

Dans un précédent numéro<sup>1</sup> un bref aperçu des ordonnances Macron a été présenté, alors qu'elles n'étaient qu'au stade de projet, en attendant de pouvoir exposer plus en détails les mesures qui concernent le fonctionnement des études notariales. Le 22 septembre 2017, les cinq ordonnances ont été publiées et le projet de loi de ratification a été adopté le 28 novembre en première lecture par l'Assemblée nationale qui donnera force légale à ces ordonnances qui n'ont, en l'état, que valeur de règlement. Des décrets compléteront cet arsenal législatif, en principe publiés d'ici le 31 décembre 2017. On précise ici le nouveau dispositif relatif à la prévisibilité et à la sécurisation des ruptures, issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 n° 2017-1387<sup>2</sup>, complété par le décret du 25 septembre 2017, revalorisant l'indemnité légale de licenciement et qui serait légèrement amendé par le projet de loi de ratification. D'autres analyses des ordonnances suivront.

1332

# Ordonnances Macron : prévisibilité et sécurisation des relations professionnelles



Étude rédigée par Françoise Pelletier

# F

Françoise Pelletier, avocat associé, LPA-CGR Avocats

**1 - Flexibilité et sécurisation des ruptures des contrats de travail** - Constatant que l'insécurité juridique entourant les ruptures de contrat était un frein à l'embauche, le Gouvernement a proposé un barème d'indemnisation qui s'imposera au juge et dont les deux parties au contrat (employeur et salarié) auront connaissance (1). Toutefois, en contrepartie de cette sécurité accrue donnée aux employeurs, le gouvernement a revalorisé l'indemnité légale de licenciement (2).

Ces deux mesures intéressent directement la gestion des ressources humaines des études notariales.

1 V. Fr. Pelletier, *Projets d'ordonnances Macron : effets sur la gestion des études notariales* : JCP N 2017, n° 37-38, act. 796.

2 V. JCP N 2017, n° 39, act. 823.

## 1. Un barème de dommages intérêts qui s'impose au juge : le plafonnement des indemnités prud'homales

2 - Assurément, c'est une des mesures les plus médiatiques des cinq ordonnances, qui vise directement les TPE/PME et dont l'objectif est de donner sécurité et visibilité aux ruptures conflictuelles.

Dans sa communication aux médias<sup>3</sup>, le Gouvernement justifie ainsi cette mesure en faveur des TPE/ PME et de l'emploi :

« Aucun chef d'entreprise et particulièrement dans les TPE/ PME, n'embauche de salariés avec l'intention de les licencier.

Toutefois, l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut dissuader l'embauche.

Le barème apporte une prévisibilité qui permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays ».

### A. - Le dispositif antérieur

3 - Avant les ordonnances Macron, le juge fixait librement les dommages et intérêts alloués en cas de licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, même si certains minima devaient être respectés (1°). Toutefois, il pouvait se référer à un barème indicatif (2°), et le Bureau de conciliation (BCO) pouvait, dès le stade de la conciliation, proposer aux parties de se rapprocher en prenant comme référence un barème indicatif (3°).

#### 1° Une indemnité minimum mais qui profitait surtout aux salariés travaillant dans les grandes structures

4 - L'article 1235-3 ancien du Code de travail imposait au juge d'allouer au salarié licencié au minimum six mois de salaire lorsque le licenciement était reconnu sans cause réelle et sérieuse, et à condition que le salarié compte plus de 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés ou plus.

Les salariés travaillant dans des entreprises de moins de 11 salariés étaient donc exclus de cette garantie, comme ceux qui avaient moins de 2 ans d'ancienneté, peu importe la taille de l'entreprise. Pour les PME de petits effectifs (plus de 11 mais moins de 50 de salariés) le plancher de 6 mois pouvait s'avérer très lourd financièrement.

#### 2° Une liberté laissée au juge dans le montant maximum alloué, même s'il pouvait se référer à un barème « indicatif »

5 - En pratique, les dommages et intérêts alloués pouvaient être sensiblement différents d'une cour d'appel à l'autre, la Cour de cassation laissant aux juges du fond le pouvoir d'apprécier le quantum des dommages et intérêts à allouer au salarié injustement licencié (sauf respect des minima).

Depuis la loi Macron du 6 août 2015, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes pouvait toutefois se référer à un barème indicatif<sup>4</sup> pour évaluer les dommages et intérêts à allouer à un salarié injustement licencié. Si les parties en faisaient la demande l'indemnité était fixée par la seule application de ce référentiel.

Ce barème était évolutif, en fonction de l'ancienneté du salarié, et donnait lieu à majoration pour les salariés de plus de 50 ans ou en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi.

Ce barème était souvent pris en compte dans les négociations entre avocats dans la recherche d'un accord transactionnel.

Toutefois, le caractère facultatif du barème en limitait fortement l'utilisation en cas de contentieux.

#### 3° Un accord des parties devant le Bureau de conciliation et d'orientation (BCO) sur la base d'un barème forfaitaire : un dispositif préexistant qui n'est pas impacté par les ordonnances

6 - La procédure prud'homale prévoit, avant le bureau de jugement, une phase obligatoire de tentative de conciliation devant le Bureau de conciliation et d'orientation (BCO).

Constatant que trop peu de conciliations entre les parties intervenaient à ce stade, la loi du 14 juin 2013 disposait que l'employeur et le salarié pouvaient convenir, ou le BCO proposer, de mettre fin au contentieux par un accord, moyennant le paiement d'une indemnité forfaitaire ; l'originalité du dispositif était de prévoir le montant de cette indemnité par référence à un barème forfaitaire, établi selon l'ancienneté du salarié (*C. trav., art. L. 1235-1*).

Mais le premier décret d'application (du 2 août 2013) renvoyait à un barème trop peu incitatif pour le salarié (par exemple 8 mois de salaire pour un salarié comptant 15 ans d'ancienneté). Aussi, ce barème avait été fortement réévalué par le décret du 23 novembre 2016 (*C. trav., art. D. 1235-21*) : ce barème est toujours en vigueur.

L'indemnité allouée en application du barème forfaitaire bénéficie d'un régime fiscal de faveur et n'entraîne pas un différé d'indemnisation par le Pôle Emploi.

3 *Hôtel de Matignon, Renforcement du dialogue social, conférence de presse, 31 août 2017.*

4 *D. n° 2016-1581, 23 nov. 2016, art. 1<sup>er</sup>.*

**Barème forfaitaire****Accord devant le Bureau de conciliation et d'orientation (BCO)**

Ancienneté	Montant de l'indemnité en nombre de mois de salaire
Moins d'un an	2
1 an	3
2 ans	4
3 ans	5
4 ans	6
5 ans	7
6 ans	8
7 ans	9
8 à 11 ans	10
12 à 14 ans	12
15 à 18 ans	14
19 à 22 ans	16
23 à 25 ans	18
26 à 29 ans	20
30 ans et plus	24

7 - Le barème a été toutefois considéré par les employeurs (surtout les PME) comme rigide à l'excès, ce qui a empêché qu'il ait les résultats escomptés.

## B. - Le nouveau dispositif : le plafonnement des indemnités prud'homales (C. trav., art. L. 1235-3)

8 - L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 va radicalement au-delà de la loi du 6 août 2015 et de son décret du 23 novembre 2016, puisqu'elle substitue à un barème indicatif un barème impératif, tout en repensant les minima qui s'imposent au juge. Le barème impératif est applicable aux licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017.

Ce plafonnement qui fait l'objet d'une vive contestation<sup>5</sup> donne lieu en l'état à une saisine du Conseil d'État<sup>6</sup>.

### 1° Le principe

9 - Les dommages et intérêts alloués par le juge sont désormais encadrés par un plafond minimum et un plafond maximum, l'indemnité variant selon l'ancienneté du salarié.

5 Th. Coustet, *Indemnités prud'homales plafonnées : l'office du juge à l'épreuve du barème* : Dalloz actualités, 15 sept. 2017. – J. Moulin, *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux : une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron » ?* : Dalloz, Droit social 2017, 6 sept. 2017. – Fr. Favennec-Hery, *Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail* : JCP S 2017, 1309. – Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 : JurisData n° 2017-017656 ; Procédures 2017, comm. 269, note A. Bugada.

6 Des syndicats CGT ont déposé début octobre un recours devant le Conseil d'État contre le plafonnement des dommages et intérêts.

Si les plafonds maximaux sont les mêmes pour tous les salariés, les planchers diffèrent selon que les entreprises ont plus ou moins 11 salariés et ce jusqu'à 10 ans d'ancienneté du salarié.

Ancienneté (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)		Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
	Entreprises de moins 11 salariés	Entreprises de 11 salariés et plus	
Moins d'1 an	Sans objet		1
1 an	0,5	1	2
2 ans	0,5	3	3,5
3 ans	1	3	4
4 ans	1	3	5
5 ans	1,5	3	6
6 ans	1,5	3	7
7 ans	2	3	8
8 ans	2	3	8
9 ans	2,5	3	9
10 ans	2,5	3	10
11 ans	3		10,5
12 ans	3		11
13 ans	3		11,5
14 ans	3		12
15 ans	3		13
16 ans à 28 ans	3		+ 0,5 mois par année d'ancienneté
29 ans	3		20
30 ans et plus	3		20

10 - Concernant les montants maximaux, le barème ne distingue pas entre les salariés selon qu'ils travaillent dans une entreprise de plus ou moins 11 salariés.

L'effectif de l'entreprise (plus ou moins 11 salariés) est toutefois pris en compte pour les indemnités minimales allouées au salarié ayant moins de 10 ans d'ancienneté.

L'ordonnance permet au juge d'ordonner le remboursement des indemnités chômage pour les irrégularités de procédure et les licenciements sans cause réelle et sérieuse, quelle que soit la taille de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié.

La distinction (effectif de l'entreprise et ancienneté du salarié) demeure encore s'agissant du remboursement des indemnités chômage par l'employeur à Pôle Emploi. Pour rappel, l'article L. 1235-4 du Code du travail prévoit que le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif à Pôle Emploi de tout ou partie des indemnités de chomages versées au salarié licencié, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage.

## REMARQUE

→ Le barème impératif s'applique aux procédures de licenciement aux résolutions judiciaires et aux prises d'actes.

### 2° Comment le barème a-t-il été fixé ?

11 - L'objectif poursuivi a été d'encourager la création d'emplois tout en rassurant les employeurs sur les effets d'une rupture du contrat de travail.

Selon le rapport au président de la République<sup>7</sup>, « les plafonds fixés l'ont été en tenant compte des moyennes constatées sur les dernières années »<sup>8</sup>.

Ils permettent de « garantir une plus grande équité également pour les salariés, qui, à préjudice équivalent, bénéficient aujourd'hui de dommages et intérêts allant du simple au triple, voire quadruple, en fonction des conseils de prud'hommes saisis ».

En pratique, les barèmes sont proches de ceux définis à titre indicatif par le décret précité du 23 novembre 2016.

La volonté du législateur est clairement de limiter le montant alloué aux salariés ou à tout le moins de permettre à l'employeur de connaître par avance le risque d'un éventuel contentieux.

### 3° Autre nouveauté : la possibilité pour le juge de prendre en compte les indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, pour minorer les dommages-intérêts alloués

12 - Prenons l'exemple d'un salarié qui a bénéficié par son contrat de travail d'une indemnité contractuelle de licenciement de 18 mois de salaires : jusqu'ici, le juge ne pouvait en tenir compte pour minorer les dommages et intérêts alloués au salarié injustement licencié.

Désormais, en application de l'article L. 1235-1 nouveau du Code du travail, le juge pourra (ce n'est qu'une faculté) tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.

<sup>7</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, 23 septembre 2017.

<sup>8</sup> C'est cette référence à une moyenne qui fait l'objet de nombreuses critiques : *Barème des indemnités pour licenciement abusif : ce que prévoient les ordonnances. Dossier d'actualités*, 12 sept. 2017 : Fr. Lefebvre. – Th. Coustet, *préc. note 5*. – P. Januel, *Les lanceurs d'alerte et le plafonnement des indemnités prud'homales : Dalloz actualités*, 5 sept. 2017.

## ATTENTION

→ Le projet de la loi de ratification, adopté le 28 novembre en première lecture précise que le juge ne pourrait pas tenir compte de l'indemnité légale de licenciement pour minorer les dommages intérêts alloués.

Le juge pourrait en revanche tenir compte de l'indemnité conventionnelle de licenciement versée, pour son montant supérieur à l'indemnité légale de licenciement.

13 - **Cumul de l'indemnité de licenciement avec des indemnités sanctionnant certaines irrégularités** - L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est cumulable avec certaines indemnités dans la limite des montants maximaux prévus par le barème et notamment avec :

- l'indemnité pour non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, en cas de licenciement collectif économique (*C. trav., art. L. 1235-12*) ;
- l'indemnité pour non-respect de la priorité de réembauche (*C. trav., art. L. 1235-13*) ;
- l'indemnité sanctionnant, en cas de licenciement économique, le défaut de mise en place d'institutions représentatives pour les entreprises qui y sont tenues (*C. trav., art. L. 1235-15*).

## ATTENTION

→ Le barème n'est pas applicable si le licenciement est nul : l'indemnité reste alors de six mois minimum et n'est pas plafonnée.

L'article L. 1235-3 énumère les cas de nullité : violation d'une liberté fondamentale, harcèlement, licenciement discriminatoire, violation d'un statut protecteur (salarié protégé, femme enceinte).

Le projet de loi de ratification ajoute une nouvelle exception : rupture prononcée par le juge aux torts de l'employeur produisant les effets d'un licenciement nul.

14 - Ces exclusions font craindre, au moins dans les premiers temps suivant l'entrée en vigueur du plafonnement, un risque de glissement des contestations de rupture du contrat de travail (plafonnées) vers des contentieux fondés sur une discrimination pour harcèlement ou autres (non plafonnées)<sup>9</sup>.

15 - Bon à savoir : modification à la baisse de certaines réparations spécifiques.

<sup>9</sup> Fr. Favennec-Hery, *préc. note 5*. – J. Grangé, *La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle ni sérieuse : JCP S 2017, act. 233*.

Réparations spécifiques	Avant		Désormais
Nullité du licenciement pour motif économique en cas d'absence ou d'insuffisance du plan social de licenciement ou d'absence de décision de validation ou d'homologation de ce plan	12 mois de salaire		6 mois de salaire
Défaut de réintégration du salarié victime d'un accident de travail/maladie professionnelle ou manquement à l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude	12 mois de salaire		6 mois de salaire
Violation de la priorité de réembauche en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse	Entreprise de moins de 11 salariés ou salarié de moins de 2 ans d'ancienneté	Entreprise d'au moins 11 salariés	1 mois de salaire
	En fonction du préjudice subi	2 mois de salaire	

16 - Ces dispositions s'appliquent aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

## 2. La contrepartie du plafonnement des indemnités prud'homales : la majoration des indemnités légales de licenciement

17 - Présentée comme une nouvelle protection salariale, l'indemnité légale de licenciement a été majorée pour être portée à 25 % pour les salariés qui comptent jusqu'à 10 ans d'ancienneté. Cette mesure, issue de l'ordonnance entrée en vigueur le 24 septembre 2017, a été complétée par un décret du 25 septembre 2017 qui a fixé le nouveau mode de calcul de l'indemnité légale de licenciement, et s'applique depuis le 27 septembre 2017. Certaines critiques<sup>10</sup> ont été faites au sujet de l'absence de majoration de l'indemnité, par rapport aux dispositions antérieures, pour les salariés qui comptent plus de dix ans d'ancienneté (C.

10 Les syndicats contestent le projet de décret sur l'indemnité de licenciement (20 minutes avec AFP, 15 sept. 2017). – Th. Thuillier, *Indemnités*

trav., art. R. 1234-2), rappelant que le Gouvernement<sup>11</sup> avait promis que l'indemnité légale de licenciement serait majorée de 25 %, ce qui est partiellement inexact puisque le décret ne prévoit pas d'augmentation au-delà de dix ans d'ancienneté<sup>12</sup>.

18 - Malgré ces critiques, le Gouvernement n'a pas modifié le barème envisagé.

Calcul de l'indemnité légale de licenciement	Avant	Désormais
Ancienneté requise pour bénéficier de l'indemnité légale de licenciement (entrée en vigueur le 24 septembre 2017)	12 mois	8 mois
Montant de l'indemnité légale de licenciement (entrée en vigueur le 27 septembre 2017), applicable aux licenciements, mises à la retraite prononcés et rupture conventionnelle conclues à compter de cette date	1/5 mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à 10 ans + 2/15 de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté	<b>1/4 mois</b> de salaire par année d'ancienneté jusqu'à 10 ans <b>1/3 de mois</b> par année pour les années à partir de 10 ans

### ATTENTION

→ Ce qui change pour le notariat : les dispositions de la Convention collective du notariat qui se référaient aux anciennes dispositions légales, relatives au calcul de l'indemnité de licenciement, s'avérant moins favorables que la nouvelle loi, c'est le barème issu du décret du 25 septembre 2017 qui devra être appliqué.

19 - **En conclusion** - Réduire les contentieux prud'homaux et sécuriser les ruptures des contrats de travail : ce double objectif ne peut qu'être approuvé.

Il ne sera toutefois atteint que si l'on n'assiste pas à une tentative de requalification systématique des contentieux de contestation de licenciement en contentieux pour nullité, discrimination ou harcèlement : faisons confiance aux juges pour éviter que ces glissements, qui ne seraient pas justifiés par des situations exceptionnelles, ne fassent pas contagion. ■

*légales de licenciement : la fausse promesse du Gouvernement : l'Express Entreprise, 14 sept. 2017.*

11 *Préc. note 3, spéc. p. 18.*

12 *D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017, portant revalorisation de l'indemnité légale de licenciement : JO 26 sept. 2017.*